

Bedrijfsjuridische berichten

Contractenrecht

Op wie rust de bewijslast?

(HR 20 februari 2009, C07/194 HR, L/JN BG8795)

mr. P.S.T. Awater*

■ 36

1. Inleiding

Het vaststellen van de juiste bewijslastverdeling is niet altijd eenvoudig. Ook rechters hebben hier nog wel eens moeite mee, terwijl de bewijslastverdeling van groot belang is voor de positie van partijen en bepalend kan zijn voor de uitkomst van een zaak.

Op 20 februari 2009 heeft de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de bewijslast van een commissieafpraak op de (in reconventie) verweerende partij rust, vernietigd. Voor een goed begrip zal eerst een korte schets van het bewijsrecht worden gegeven. Vervolgens worden de casus, het procesverloop en het arrest van de Hoge Raad besproken, waarna commentaar volgt.

* Mr. P.S.T. Awater is advocaat bij Van Diepen Van der Kroef Advocaten te Amsterdam.

Contractenrecht

36 Op wie rust de bewijslast?, (HR 20 februari 2009, C07/194 HR, L/JN BG8795),
mr. P.S.T. Awater / 171

Bank- en effectenrecht

37 Hoge Raad inzake AFM vs Spyker, (HR 24 april 2009, RF 2009, 56, RO 2009, 45, L/JN BG 8790),
mr. drs. H.K.O. Reimers AA CPA / 173

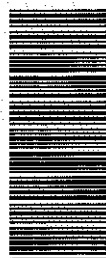
Huurrecht

38 Afbraak in het algemeen belang: een valkuil bij opzegging van huurovereenkomsten van bedrijfsruimte, (HR 30 januari 2009, C07/174HR),
mr. M.G. Costers / 177

2. Korte schets van het bewijsrecht

De rechter kan alleen vaststaande feiten, dus feiten die zijn gesteld en onvoldoende zijn betwist danwel feiten of omstandigheden van algemene bekendheid aan zijn oordeel ten grondslag leggen. Het uitgangspunt van de bewijslastverdeling is dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit (art. 150 Rv). Een zuivere betwisting brengt geen bewijslast (met het daarbij behorende bewijsrisico) met zich mee.

Bijvoorbeeld: indien A een uitkering van ver-



zekeraar B vordert op grond van een verzekeringsovereenkomst, zal A de verzekeringsovereenkomst en dat zich een gebeurtenis heeft voorgedaan voor de gevolgen waarvan de verzekering dekking verleent, in beginsel dienen te bewijzen bij voldoende betwisting door B.

Dit wordt anders bij een zogenaamd zelfstandig of bevrijdend verweer van B, ook wel het 'ja, maar ...'-verweer genoemd. Dit is bijvoorbeeld als B de dekking niet betwist, maar stelt dat een uitsluiting van toepassing is die haar ontheft van de vergoedingsverplichting. B dient dan te bewijzen dat zich een situatie heeft voorgedaan die haar ontheft van haar vergoedingsverplichting. Afwijkingen van de hoofdregel zijn bijvoorbeeld het voorshandse bewijsoordeel, de verzwaarde (stel-/)motiveringsplicht en de omkeringsregel. De rechter kan oordelen dat het bewijs voorshands – behoudens tegenbewijs – geleverd is. Voorshands, zo bepaalt de uitspraak dan, wordt het bewijs geleverd geacht en het is dan juist aan de tegenpartij in de procedure om aan te tonen dat dit voorshandse oordeel niet houdbaar is: op de tegenpartij rust dan wel een bewijsvoeringslast, maar geen bewijsrisico. Dat blijft bij degene met wie de rechter in zijn voorshandse oordeel 'mee' gaat. Voor het leveren van tegenbewijs door de 'wederpartij' is voldoende dat het bewijs dat voorshands geleverd was, erdoor wordt ontzenuwd. De 'wederpartij' hoeft niet het tegendeel te bewijzen. (Onderscheid dient te worden gemaakt tussen tegenbewijs en tegendeelbewijs. Bij tegendeelbewijs dient de 'wederpartij' het bewijs van het tegendeel te leveren. Bij tegenbewijs dient de 'wederpartij' het geleverde bewijs te ontzenuwen. Als de 'wederpartij' daarin slaagt, rust op de oorspronkelijk daarmee belaste partij de bewijslast en daarmee het bewijsrisico.)

Voorts kan de rechter van de 'wederpartij' van degene op wie de bewijslast rust verlangen dat hij bij zijn betwisting van de stellingen voldoende feitelijke gegevens verstrekt, de zogenaamde verzwaarde motiveringsplicht.

In de jurisprudentie is bovendien de zogenaamde omkeringsregel ontwikkeld, met name bedoeld voor het laatste restje causaliteitsonzekerheid bij de schending van veiligheidsnormen. Als:

- (i) Sprake is van een schending van een norm die strekt ter voorkoming van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander;
- (ii) dit door de normschending in het algemeen in aanmerkelijke mate wordt vergroot; en
- (iii) aannemelijk is dat dit gevaar zich heeft verwezenlijkt – voorwaarden die door de be-

nadeelde moeten worden bewezen – dient degene die de norm heeft geschonden te bewijzen dat de schade ook zonder zijn gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.

Bij de drie voornoemde afwijkingen gaat de rechter tot op zekere hoogte mee met een der partijen. Het bewijsrisico blijft op de oorspronkelijk daarmee belaste partij rusten.

Een andere verdeling van de bewijslast kan voortvloeien uit een bijzondere regel (geschreven of ongeschreven) of de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dat zijn afwijkingen die samenhangen met de in art. 150 Rv gegeven gronden en in die gevallen verschuift het bewijsrisico wél naar de 'wederpartij'. (Voor een volledig overzicht: N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (serie *verzekeringsrecht*), Deventer: Kluwer 2008.

3. Casus

In 1991/1992 heeft Venezo Schadeverzekeringen N.V. (hierna: Venezo, rechtsvoorganger van Avéro Schadeverzekeringen N.V., hierna: Avéro, rechtsvoorganger van Achmea Schadeverzekering N.V.) op grond van de toenmalige wet assurantiëbemiddelingsbedrijven een volmacht verleend aan een assurantietussenpersoon (hierna: de assurantietussenpersoon). Ten tijde van de volmachtverlening was X statutair directeur van Venezo. Nadat Avéro in de rechten is getreden van Venezo en de arbeidsovereenkomst met X is geëindigd, is bij Avéro de overtuiging ontstaan dat X zich schuldig heeft gemaakt aan frauduleus handelen. Op 1 november 1995 heeft Avéro de verleende volmacht met onmiddellijke ingang ingetrokken omdat de assurantietussenpersoon daarvan gebruik zou hebben gemaakt op een wijze die strijdig is met Avéro's beleid en omdat de assurantietussenpersoon betrokken zou zijn geweest bij het frauduleuze handelen van X.

4. Procesverloop

Eind 1999 heeft de assurantietussenpersoon Avéro gedagvaard, waarop Avéro een reconventionele vordering heeft ingesteld om te verklaren voor recht dat de assurantietussenpersoon jegens haar geen aanspraak kan maken op een hogere commissie voor 'inkomende herverzekeringen' van 2%, althans lager dan 10%. In deze uitspraak gaat het alleen nog over de reconventionele vordering. Avéro stelt dat zij ten onrechte een commissie voor herverzekeringen heeft betaald van 10%. Avéro acht de commissie exorbitant hoog, nu zij

naar schatting het vijfvoudige bedraagt van de destijds gangbare commissie. De rechtbank heeft geoordeeld dat het verschil tussen de volgens de deskundige gebruikelijke commissie van 2,5% en de volgens de assurantietussenpersoon overeengekomen commissie van 10% zo groot is dat de assurantietussenpersoon naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep meer toekomt op de door haar gestelde afspraak. De rechtbank heeft in het midden gelaten welke commissie partijen zijn overeengekomen, en voor recht verklaard dat de assurantietussenpersoon jegens Avéro geen aanspraak heeft op een hogere commissie voor inkomende facultatieve herverzekeringen dan 2,5%.

Het hof is van oordeel dat indien de door de assurantietussenpersoon gestelde afspraak van een commissie van 10% komt vast te staan, Avéro daaraan is gebonden. Het hof oordeelt dat bewijslast ter zake van deze door Avéro betwiste afspraak op de assurantietussenpersoon rust. Omdat de assurantietussenpersoon op dit punt in hoger beroep geen bewijs heeft aangeboden, kan de assurantietussenpersoon geen rechten doen gelden op grond van de door haar gestelde overeenkomst en wordt de door Avéro gevorderde verklaring voor recht toegewezen.

5. Hoge Raad

De Hoge Raad casseert. Het oordeel van het hof met betrekking tot de bewijslastverdeling is ontoereikend gemotiveerd. Nu het gaat om commissies die over een langdurige periode door Avéro aan de assurantietussenpersoon zonder protest zijn betaald en om een door Avéro gevorderde verklaring voor recht, kon het hof niet zonder meer oordelen dat de bewijslast 'ter zake van deze, door Avéro betwiste afspraak' op de assurantietussenpersoon rust. Met name behoefde dit oordeel nadere motivering in het licht van de omstandigheid dat Avéro jarenlang zonder protest de commissies aan de assurantietussenpersoon heeft voldaan. De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Amsterdam voor verdere behandeling en beslissing.

6. Commentaar

A-G Spier wijst er in zijn conclusie voor het arrest op dat in de procedure onduidelijk is gebleven wat precies de stellingen van Avéro zijn en wat het fundament is van haar vordering. De enkele stelling dat het betaalde percentage te hoog was, kan de vordering niet dragen. Dit zou omarming van het ons land niet geldende iustum-

pretium-beginsel (rechtvaardige prijs) betekenen. Indien de stellingen en de grondslag van de vordering van Avéro niet duidelijk zijn, kan het natuurlijk niet zo zijn dat op de assurantietussenpersoon als verwerende partij de bewijslast komt te rusten van de door haar gestelde en door Avéro betwiste commissieafpraak. Het betreft geen bevrijdend verweer. In casu is (eerst) de hoofdregel van toepassing dat Avéro de feiten waarop zij haar beweerde aanspraken stoelt, dient te bewijzen.

Het is belangrijk iedere keer de verschillende (denk)stappen te nemen en per stap te (blijven) beoordelen welke bewijsrechtelijke consequenties een bepaald ingenomen standpunt heeft.

Bank- en effectenrecht

Hoge Raad inzake AFM vs Spyker

(HR 24 april 2009, *RF* 2009, 56, *RO* 2009, 45, *LJN* BG 8790)

mr. drs. H.K.O. Reimers AA CPA*

■ 37

I. Inleiding

Spyker NV (hierna: Spyker) is een effectenuitgevende instelling in de zin van de Wet toezicht financiële verslaggeving (hierna: Wtfov). Zij heeft sinds haar oprichting tot en met boekjaar 2008 geen winsten gerapporteerd, uitgezonderd het boekjaar 2006 dat onderwerp is van een jaarrekeningprocedure op verzoek van de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM). Spyker heeft haar geconsolideerde jaarrekening 2006 opgesteld volgens de door de International Accounting Standard Board vastgestelde en door de Europese Commissie goedgekeurde International Accounting Standards (hierna: IAS) en de International Financial Reporting Standards (hierna: IFRS). Voor de enkelvoudige jaarrekening 2006 heeft zij gebruik gemaakt van de in de laatste volzin van art. 2:362 lid 8 BW vermelde mogelijkheid ook 2006 op basis van deze waarderingsgrondslagen

* Herbert Reimers is advocaat bij NautaDutilh.